Der § 289 St.-G.-B.'s

und sein

Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der

Friedrich-Alexander-Universität

zu Erlangen

von

Ernst Dreykluft

Referendar aus Lutter a. Bbge.

HANNOVER.

Druck von Aug. Eberlein & Co.

1896.

Der § 289 St.-G.-B.'s

und sein

Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der

Friedrich-Alexander-Universität

zu Erlangen

von

Ernst Dreykluft

Referendar aus Lutter a. Bbge.

HANNOVER.

Druck von Aug. Eberlein & Co.

1896.

Der § 289 St.-G.-B.'s bedroht mit Gefängnisstrafe, neben welcher auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark denjenigen, der seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben dem Nutzniesser, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt. Der Versuch ist strafbar. Die That ist ein Antragsdelict. Der beim Diebstahl und der Unterschlagung anerkannte, relative Strafausschliessungsgrund (§ 247 Absatz 2 und 3) findet auch hier Anwendung, d. h. das Delict ist straflos, wenn es gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen ist.

Dieses Delict, welches unser St.-G.-B. unter dem Sammelbegriff „strafbarer Eigennutz" behandelt, finden wir im römischen Recht als einen Fall des furtum vor (vgl. l. 12 § 2, l. 14 § 1 Dig. de furtis 47. 2; ferner l. 15 § 1 D. d. f.: dominus, qui rem subripuit, in qua usufructus alienus est, furti usufructuario tenetur; und l. 19 § 5 D. d. f.: qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur), und zwar bildet dieses Delict das sogenannte furtum possessionis im Gegensatz zum furtum rei, das den Diebstahl und die Unterschlagung des heutigen Rechts umfasst, und dem furtum usus, welches ein rechtswidriges Gebrauchmachen von einer Sache bedeutet.

Allerdings ist der Begriff des furt. poss. in einer Beziehung weiter und einer anderen enger als der des § 289 St.-G.-B.'s. Weiter ist der Begriff insofern, als eine eigentliche Wegnahme noch nicht erfolgt zu sein braucht, wenn der juristische Besitz auch nur durch

constitutum possessorium dem Berechtigten übertragen ist. Ja, es genügt sogar der blosse Verkauf einer speciell verpfändeten Sache durch den Eigentümer und Verpfänder, ohne dass die Eigentumstradition an den Käufer erfolgt ist (l. 67 pr. Dig. d. f. 47. 2). Enger als der Thatbestand des § 289 St.-G.-B.'s ist dagegen der des furt. poss. insofern, als das Gebrauchsrecht des Commodatars nach römischem Recht nicht Angriffsobject des furtum ist, wohl aber sein Retentionsrecht wegen Verwendungen (l. 60 Dig. d. f.).

Während das furtum anfangs Privatdelict war, wurde seit Hadrians Zeiten daraus allmählich ein crimen extraordinarium, wobei für einzelne Diebstahlsfälle besondere Strafen festgestellt wurden (vgl. Dollmann, Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts S. 51 ff.).

Was das deutsche Recht anlangt, so hat dasselbe von Anfang an nur an fremden Sachen einen Diebstahl gekannt, und dieses ist auch in der Carolina nicht geändert (vgl. Dollmann a. a. O. S. 76, 96 u. 97). Auch die spätere Zeit hat sich hieran, soweit ersichtlich, angeschlossen, allerdings mit einzelnen Abweichungen (vgl. Dollmann a. a. O. S. 103 u. 106, 2 ff.).

Unter den modernen Strafgesetzbüchern straft nur das preussische Landrecht II Titel 20 § 1110 dieses furt. poss. als Diebstahl, das französische Recht überhaupt nicht, ebenso wenig das österreichische St.-G.-B. von 1852 (vgl. §§ 171 u. 460). Nach den Motiven zum württembergischen St.-G.-B. S. 257 ist das furt. poss. nur als Selbsthülfe oder Betrug strafbar. Ausdrücklich schreibt dies das grossherzoglich hessische Criminalgesetzbuch Art. 356 vor. Art. 281 des hannoverschen St.-G.-B.'s bestimmt:

> Die widerrechtliche Wegnahme der eigenen Sache aus dem Besitze des Nutzniessers, Pfandgläubigers oder sonstigen rechtmässigen Inhabers ist nicht als Diebstahl, sondern nach Unterschied der Fälle, als Gewalthätigkeit, Betrug oder nach den sonst auf die Handlung anwendbaren Strafbestimmungen zu beurteilen.

Das braunschweigische Criminalgesetzbuch § 238 stellt unser Delict unter den Betrug, ebenso das badische §§ 462, 463, 464.

Ob die That nach diesen Strafgesetzbüchern aber nicht auch unter anderen Gesichtspunkten, z. B. als Erpressung bestraft werden konnte, bleibt danach zweifelhaft. Anscheinend hat der Gesetzgeber nur daran gedacht, dass sie als Betrug bezw. als Gewaltthätigkeit bestraft werden könnte, nicht dagegen an die Möglichkeit, dass sie sich auch mit dem Thatbestande eines anderen Strafgesetzes decken könne.

Eigentümlich ist die Bestimmung des königlich sächsischen St.-G.-B.'s Art. 274:

> Hat jemand eine ihm selbst gehörige Sache aus dem Gewahrsam eines Anderen entwendet, so ist die That, wenn sie in der Absicht geschah, dem Inhaber die Sache oder deren Wert dessenungeachtet noch abzufordern, dem Diebstahle gleich zu achten, in allen anderen Fällen aber, wofern sie nicht als blosse Selbsthülfe erscheint, auf Antrag mit Gefängnis bis zu vier Monaten zu bestrafen.

Das bayrische St.-G.-B. Art. 330 (Ausgabe von Weis 1865, Nördlingen) bestimmt:

> Wer ihm gehörige Gegenstände, welche sequestrirt, gepfändet oder mit Beschlag belegt sind, unbefugter Weise beschädigt, vernichtet, verbraucht, beseitigt oder sonst der Verfügung des Berechtigten oder der Obrigkeit entzieht, desgleichen wer sich einer solchen Handlung in Bezug auf eine ihm gehörige Sache schuldig macht, welche sich im Gewahrsame eines Nutz- oder Pfandberechtigten, eines Massakurators oder einer öffentlichen Behörde befindet, ist mit Gefängnis bis zu zwei Jahren zu bestrafen.
>
> Gleicher Strafe unterliegt, wer eine der im Absatz 1 bezeichneten Handlungen durch einen Dritten vornehmen lässt.

Das preussische St.-G.-B. ist in Bezug auf die Behandlung des furt. poss. direct vorbildlich für das R.-St.-G.-B.

gewesen. Die Strafe ist im Minimum allerdings eine Woche, sonst sind die Bestimmungen inhaltlich gleich denen des § 289 R.-St.-G.-B.'s.

Da nach unserem St.-G.-B. das furt. poss. ein besonderes Delict bildet, so entsteht die Frage, ob nicht irgend welche Konkurrenz mit anderen Delicten möglich ist.

Eine Konkurrenz des § 289 St.-G.-B.'s mit anderen Strafbestimmungen könnte sich gründen auf die sog. Idealkonkurrenz und auf die Begriffe des fortgesetzten Verbrechens.

Ausserdem wäre zu untersuchen, inwiefern § 289 mit anderen Bestimmungen des St.-G.-B.'s nur in scheinbarer Konkurrenz, d. h. in sog. Gesetzeskonkurrenz steht. Dagegen bedarf es nicht einer besonderen Behandlung der Frage der Realkonkurrenz, sondern diese Frage kommt nur insoweit für unseren Zweck in Betracht, als die Realkonkurrenz sich als das Ergebnis einer Verneinung der Möglichkeit, ideale Konkurrenz oder fortgesetztes Verbrechen im Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen anzunehmen, herausstellt.

Zunächst ist zu bemerken, dass die Begriffe Gesetzeskonkurrenz, Idealkonkurrenz und fortgesetztes Verbrechen keineswegs von aller Anfechtung frei geblieben, unseres Erachtens auch nicht darüber erhaben sind. Es kann jedoch nicht der Zweck dieser Abhandlung sein, die Richtigkeit dieser Begriffe in ihrem Umfang vorweg einer Prüfung, die sehr gründlich sein müsste, zu unterziehen, zumal die Judicatur unseres höchsten Gerichts wenigstens insoweit eine sichere Entwicklung dieser Begriffe vorzunehmen bestrebt gewesen ist, als dieselben einer solchen vielleicht überhaupt fähig sind. Wir werden daher diese Begriffsbestimmungen, welche in der Hauptsache von den meisten Vertretern der Wissenschaft des Strafrechts ebenfalls als richtig anerkannt werden, im wesentlichen unseren Ausführungen zu Grunde legen müssen.

Demnach verstehen wir unter Idealkonkurrenz denjenigen Fall, in dem ein und dieselbe Handlung die Thatbestandsmerkmale verschiedener Strafgesetze ent-

hält, welche nicht im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz stehen. In Gesetzeskonkurrenz stehen mehrere Strafgesetze hinsichtlich der Thaten, welche nur scheinbar durch ein und dieselbe Handlung die Mehrheit von Strafgesetzen gleichzeitig verletzen, und zwar, weil nach dem Willen des Gesetzes die incriminirte Handlung stets nur aus dem Gesichtspunkte der einen oder anderen Strafbestimmung zu beurteilen ist. Dieser Wille muss als vorhanden angesehen werden, wenn das eine Strafgesetz den Thatbestand eines anderen in sich aufgenommen hat und durch irgend ein weiteres Merkmal besonders qualificiert, sei es, dass diese letztere Strafbestimmung sich als eine blosse Qualification des regelmässigen Delictsthatbestandes darstellt, sei es, dass der hinzutretende Umstand den Delictsbegriff selbst modificiert. Zu der Gesetzeskonkurrenz werden ferner gezählt die Fälle der Subsidiarität der Strafgesetze und nach Binding auch die der Alternativität von Strafgesetzen, endlich auch das hier nicht interessirende Kollectivdelict. Unter einem subsidiären Strafgesetz versteht man im Anschluss an Binding (Handbuch I S. 335 ff.) ein Strafgesetz, wonach eine Handlung zu bestrafen ist,

1. „falls die Handlung, die es definiert, nicht nach Massgabe eines anderen Strafgesetzes einen höheren oder milderen Strafanspruch erzeugt, oder aber,

2. falls eine andere als die von ihm definierte Handlung nicht nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch erzeugt.“ Im Verhältnis der Subsidiarität stehen insbesondere die Normen, welche das minus mit Strafe bedrohen gegenüber denjenigen über Bestrafung des majus (Körperverletzung — Tötung, Gefährdung — Verletzung).

Das Verhältnis der Alternativität nimmt Binding da an, wo der Gesetzgeber ein und dieselbe rechtswidrige Handlung unter verschiedenen strafrechtlichen Gesichtspunkten gesehen und somit zum Thatbestand mehrerer Regelrechtssätze gemacht hat. Dies geschieht entweder dadurch, dass genau derselbe Thatbestand in verschiedenen Gesetzen unter Strafe gestellt wird, oder

so, dass zwei Thatbestände sich verhalten wie zwei einander schneidende Kreise. Dieses Verhältnis liegt nach Binding z. B. vor bei §§ 265 und 306 bis 308 St.-G.-B.'s, ferner bei §§ 306 bis 308 St.-G.-B.'s und §§ 5 und 6 des Gesetzes vom 9. Juni 1884 gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen (Binding, Handbuch I S. 351). Binding legt dieser Alternativität der Strafgesetze die Bedeutung bei, dass der Richter nicht wie bei der Idealkonkurrenz das in abstracto schwerste Gesetz anzuwenden, sondern in concreto aus den in Betracht kommenden Strafdrohungen die schwerste auszuwählen hat. In dem von Binding erwähnten Beispiele der §§ 81 und 211 hätte der Richter einen Mordversuch gegen einen Bundesfürsten nach § 81 und nicht nach §§ 211, 44 zu bestrafen. Da unseres Erachtens die Übereinstimmung dieser Binding'schen Auffassung mit dem Willen des Gesetzes überaus einleuchtend ist, so werden wir in unserer Abhandlung bei der Erörterung, inwieweit § 289 mit anderen Strafgesetzen in Gesetzeskonkurrenz steht, die Alternativität berücksichtigen.

Es bedarf nunmehr noch einer kurzen Begriffsbestimmung des fortgesetzten Verbrechens, ein Begriff, der sich argumento e contrario daraus ergiebt, dass der die Voraussetzungen der Realkonkurrrenz regelnde § 74 St.-G.-B.'s das Erfordernis der Selbständigkeit der in Frage kommenden Handlungen aufstellt. Mehrere unselbständige Handlungen erscheinen hiernach als eine einheitliche Strafthat. Für die Unselbständigkeit der mehreren verbrecherischen Acte und ihre Beurteilung als eine Handlung lässt man sich in erster Linie von der Einheit des Vorsatzes oder des Entschlusses*) und

*) Das Reichsgericht kennt allerdings zwei Arten eines einzigen im voraus gefassten Entschlusses, nämlich einmal „den Entschluss, mehrere selbständige Strafthaten zu begehen", und ausserdem „den Entschluss, eine Strafthat, wenngleich in fortgesetzter Ausführung dieses einen, alle künftigen Einzelacte umfassenden Beschlusses zu verüben, so dass bei dem Vorliegen eines solchen einheitlichen, die ganze successive Thätigkeit beherrschenden Entschlusses die späteren Einzelentschliessungen immer nur als Ausflüsse jenes Gesamtentschlusses und als unter dessen Einwirkung

der natürlichen Einheit des Sachverhältnisses leiten. Als Hindernis steht der Annahme einer fortgesetzten Handlung nach gemeiner Meinung der Mangel der Einheit des angegriffenen Rechtsgutes entgegen. Dass die positiven Begriffsmerkmale dieser sogenannten fortgesetzten Handlung unsicherer Natur sind und der praktischen Anwendung manche Schwierigkeiten bieten, ist kaum zu leugnen. Gleichwohl wird dieser Begriff in der criminalistischen Praxis ungemein viel verwendet, und bedarf es daher auch der Prüfung, wie weit derselbe im Hinblick auf § 289 im Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen des St.-G.-B.'s anwendbar ist.

Gehen wir nun zu der Prüfung des Gegenstandes unserer Abhandlung, nämlich der Frage über, mit welchen anderweiten Bestimmungen des St.-G.-B.'s der § 289 in einem der oben gedachten Verhältnisse steht, so werden wir zunächst dazu gedrängt, unser Augenmerk auf einige Entscheidungen des Reichgerichts zu richten, die von einem solchen Verhältnis handeln.

I. Das Reichsgericht behandelt in seinen Entscheidungen vom 12. März 1886 und vom 19. Juni 1894, welche in den Entscheidungen Bd. 13 S. 399 ff. und Bd. 25 S. 435 ff. abgedruckt sind, die Frage der Konkurrenz zwischen dem Delict des § 289 und demjenigen der Körperverletzung resp. der Erpressung. Die Entscheidungen sind von demselben Strafsenat, nämlich dem II. gefällt. In beiden Fällen haben die Angeklagten mit Hülfe von Gewaltanwendung gegen die Person des Besitzers ihre Sache, an der dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht zustand, diesem weggenommen bezw. wegzunehmen versucht. In dem ersteren Falle ist es dem Angeklagten gelungen, einen ihm gehörigen Kahn, welchen der Besitzer mit der Hand festhielt,

---

gefasst" angesehen werden können (vgl. E. Bd. 15 S. 26 Absatz 2 und Bd. 10 S. 205 Absatz 1 am Ende).

Wir müssen leider darauf verzichten, uns den logischen Unterschied klar zu machen und begnügen uns damit, ihn für praktisch bedeutungslos zu halten. Es handelt sich hier um einen Vorgang in der Seele des Thäters, und wir bezweifeln, dass man im stande sein sollte, diese Verschiedenheit des Entschlusses zu constatieren.

diesem zu entreissen, dadurch, dass seine, des Angeklagten Ehefrau den Besitzer mit einem Stück Holz auf die Finger schlug. Im Falle des zweiten Urteils hat der Angeklagte seinen von seiner Vermieterin festgehaltenen Koffer derselben zu entreissen gesucht, um ihn fortzuschaffen, und dabei die Frau samt dem Koffer die Treppe hinunter gezogen. Durch Hinzutreten von Hausgenossen ist der Angeklagte schliesslich genötigt worden, sein Bemühen aufzugeben.

Diese unzweifelhaft völlig gleichgearteten Fälle sind von dem erkennenden Senat entgegengesetzt hinsichtlich der fraglichen Konkurrenz der Strafgesetze entschieden. Während das Erkenntnis im 13. Bande nur eine ideale Konkurrenz zwischen §§ 289 und 223 für möglich erachtet, dagegen die Anwendung der Strafbestimmungen über Nötigung oder Erpressung für ausgeschlossen hält, wendet das zweite Erkenntnis, da nach seiner Ansicht Idealkonkurrenz zwischen dem Delicte des § 289 und der Erpressung vorliegt, den § 253 an. Die Gründe des erstgenannten Urteils berufen sich auf die Entstehungsgeschichte des § 271 des preuss. St.-G.-B.'s vom 14. April 1851. Bei Goltdammer, Materialien Bd. II S. 618 heisst es:

> „Dass der § 271 auch alle erschwerenden Umstände des Diebstahls, also z. B. durch Einsteigen, Einbrechen, mit umfasse, ist von der Regierung im ständischen Ausschusse anerkannt worden. Dagegen fehlt es an einer Strafbestimmung wegen der rapina possessionis oder rei suae. In der Immediatkommission von 1845 war man der Ansicht, dass sie unter die (räuberische) Erpressung des § 236 falle. Das ist aber augenscheinlich unrichtig. Die Strafe wird daher nur durch Kombinierung der §§ 271 und 187 (Körperverletzung) und ff. zu finden sein. Die Erpressung ist nur im Falle der erzwungenen Herausgabe vorhanden, und für diese kommen die §§ 234 ff. (über Erpressung) direkt zur Anwendung."

Dem gegenüber stellt das Urteil im 25. Bande fest,

dass dies die persönliche Bemerkung von Goltdammer ist, während die Regierungs-Motive zum preuss. St.-G.-B. auf Seite 63 das Umgekehrte besagen:

> „Für die Entwendung mit Gewalt gegen die Person bedurfte es keiner ausdrücklichen Bestimmung, weil diese Handlung zwar nicht unter den Begriff des Raubes, wohl aber unter den der Erpressung fällt."

Das erstgenannte Erkenntnis gründet seine Entscheidung darauf, dass nach seiner Ansicht das furtum possessionis, „auch wenn es mit Gewalt verübt ist, und obwohl die Absicht der Erlangung des Besitzes an der eigenen Sache als die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, angesehen werden kann, vom Gesetze unter die besondere Strafbestimmung des § 289 St.-G.-B.'s gestellt ist". Das Gesetz ziehe nicht, wie beim Diebstahl und Raube die erschwerenden Umstände gegen die Person als Thatbestandsmerkmale in Betracht, welche die Strafbarkeit erhöhen oder der That den Charakter eines besonderen Delicts verleihen. Deshalb käme solche Gewalt bei dem Vergehen gegen § 289 St.-G.-B.'s an sich nur als Strafzumessungsgrund, und wenn sie sich als Körperverletzung qualificiere, nur als ideell konkurrierendes Delict in Betracht.

Dem gegenüber führt das Erkenntnis im 25. Bande aus, dass die Thatbestände der Delicte des § 289 einer- und der Delicte der §§ 253 und 255 andererseits dergestalt von einander verschieden seien, dass der eine den anderen nicht in sich aufnehme. § 289 verhalte sich über den rechtswidrigen Eingriff in einen fremden Besitz, während § 253 einen rechtswidrigen Angriff gegen die Freiheit der Willensbethätigung mit Strafe bedrohe. Ein und dieselbe Handlung könne zwar beide Thatbestände erfüllen und sie dadurch in Verbindung bringen. Für einen solchen Fall greife aber nur der § 73 St.-G.-B.'s Platz.

Das Urteil im 13. Bande beschäftigt sich auch noch mit der von dem Richter der Vorinstanz bejahten Frage, ob die Körperverletzung und das Delict des

§ 289 unter den Umständen des Falles in realer Konkurrenz ständen. Doch werden wir diese Frage, die das Reichsgericht im Sinne der Annahme blosser Idealkonkurrenz entscheidet, zunächst bei Seite lassen, um zu prüfen, ob § 289 im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zu §§ 253, 255 steht, oder ob Idealkonkurrenz möglich ist.

Nach unseren obigen Ausführungen über die Voraussetzungen der Gesetzeskonkurrenz müssen wir uns gegen die Annahme erklären, dass § 289 mit dem Delict der Erpressung in einem solchen Verhältnis steht. Zunächst kann davon gar keine Rede sein, dass das Delict des § 289 sich als eine mildere Qualification darstelle, denn es liegt auch nicht der geringste Anhaltspunkt in dem St.-G.-B. dafür vor. Während das Gesetz sonst die qualificierten Fälle, die schwereren und die milderen, im Anschluss an das Regeldelict behandelt, nimmt der § 289 seine Stellung in einem ganz anderen Abschnitt ein als die Erpressung. Man könnte mit demselben Rechte behaupten, auch die Nahrungsmittelentwendung des § 370, 5 (Mundraub) bilde eine mildere Qualification des § 253, während doch unverkennbar, wie das jüngere Reichsgerichts-Urteil hinsichtlich der Erpressung und des furt. poss. hervorhebt, die angegriffenen Rechtsgüter bei allen diesen Delicten im Vergleich zu der Erpressung durchaus verschieden sind.

Auch insofern unterscheiden sich Erpressung und furt. poss. im St.-G.-B., als für die Erpressung jeder Vermögensvorteil in Betracht kommt, während § 289 nur einen Fall der Vermögensbeschädigung, nämlich die Besitzentziehung einer Sache, an der eins der dort genannten Rechte besteht, ins Auge fasst. In dieser Beziehung ist § 289 enger, aber in Bezug auf das Angriffsobject bewegt sich § 253 auf einem ganz anderen Gebiete.

Nicht ganz richtig scheint uns das Reichsgericht einen Unterschied zwischen § 289 und § 253 darin zu erblicken, dass der letztere die Absicht des Thäters,

sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, erfordere, während diese Absicht zu den Begriffsmerkmalen des § 289 nicht gehöre. Denn wie das Reichsgericht, allerdings der III. Senat, in Übereinstimmung mit der gemeinen Meinung in den Entscheidungen Bd. I S. 55 für das Delict des Betruges ausgesprochen hat, enthält die Entziehung des Besitzes einer Sache schon an sich eine Vermögensbeschädigung für den Verletzten und einen Vermögensvorteil für den Thäter. Unter diesen Umständen wäre die Hervorhebung einer gewinnsüchtigen Absicht in § 289 St.-G.-B.'s allerdings ein superfluum gewesen.

Dass die §§ 253 und 255 mit § 289 auch nicht im Verhältnis der Subsidiarität stehen, ist hiernach ebenfalls ersichtlich.

Ebensowenig kann ein Alternativitätsverhältnis zwischen diesen Delicten als vorliegend angenommen werden, da keineswegs dieselbe Handlung in beiden Delicten unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten geschen ist, sondern die Handlungen selbst durchaus verschiedenen Charakter an sich tragen. Praktisch würde allerdings im vorliegenden Falle die Annahme einer Alternativität zu keinem anderen Ergebnis führen als die der Idealkonkurrenz, da das schwerere Strafgesetz unter allen Umständen dasjenige über die Erpressung ist.

Wir stimmen also der späteren Anschauung des Reichsgerichts darin bei, dass wir eine Idealkonkurrenz zwischen den genannten Strafdrohungen für möglich erachten, denn es kann sehr wohl ein furtum possessionis im Sinne des St.-G.-B.'s begangen werden dadurch, dass der Thäter gegen den Besitzer Gewalt oder Drohungen anwendet, welche denselben zur Duldung der Wegnahme nötigen. Wenn das Reichsgericht im 13. Bande sich für seine Entscheidung auf die Bestimmung des § 236 des preuss. St.-G.-B.'s beruft, nach welchem die Erpressung nur im Falle der erzwungenen Herausgabe vorhanden war, so kann dieser Grund angesichts des Umstandes, dass die Erpressung des St.-G.-B.'s auch

den Fall der Nötigung zu einer Duldung umfasst, keinen Anspruch auf Beachtung machen. Vielleicht hat bei der Fällung jenes älteren Urteils die Erwägung mitgewirkt, dass, wenn man die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen § 289 und §§ 253, 255 anerkennt, der Thäter in Folge der Strafdrohung des § 255 gleich einem Räuber bestraft wird, während seine That ohne die Anwendung der Gewalt oder Drohung gegen eine Person zum Zweck der Nötigung unter allen Umständen erheblich milder strafbar ist als der Diebstahl, da auch Einbruch und sonstige Qualificationen des Diebstahls, soweit sie für das Delict des § 289 in Betracht kommen könnten, die That nicht zu einer schwereren qualificieren, sondern höchstens eine Realkonkurrenz herbeiführen können, etwa mit § 123 und § 303 St.-G.-B.'s. Es könnte inconsequent erscheinen, dass eine That, die niemals Raub sein kann, durch Anwendung derselben Gewalt seitens des Thäters, wie sie den Räuber kennzeichnet, der Strafe des Raubes verfällt. Allerdings behandelt das römische Recht oder wenigstens Justinian anscheinend den Raub nur als Qualification des furtum (vgl. § 1 J. vi bon. rapt. 4. 2*): Breitenbach, das Verbrechen des Raubes nach R. R. S. 26 ff., welcher insbesondere auch die scheinbar entgegenstehende l. 2 § 18 Dig. vi bon. rapt. 47. 8**) mit der vorgenannten Stelle

*) Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus suam rem esse et imprudens juris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam: melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet: sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suae dominio cadere, sin autem aliena sit, post restitutionem etiam aestimationem eiusdem rei praestare. Quod non solum in mobilibus rebus, quae rapi possunt, constitutiones optinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.

**) Hac actione is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit. Si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter multabitur. Sed et si quis fugitivum suum,

passend vereinigt). Aber jener Vorwurf trifft, wenn er begründet ist, das Strafmass des § 255 überhaupt und beweist daher zu viel.

Es fragt sich nun noch, ob nicht in jeder Wegnahme im Sinne des § 289, wenn dabei Gewalt gegen eine Person angewendet wird, eine Erpressung im Sinne des § 255 zu erblicken ist. Zur Bejahung dieser Frage kommt man unseres Erachtens, wenn man annimmt, dass das St.-G.-B. zwischen den Begriffen Raub und Erpressung, abgesehen von dem Unterschiede hinsichtlich der Art der Gewalt im § 249 und § 253, keinen Unterschied macht, soweit es sich um Entziehung von fremden Sachen handelt, mit anderen Worten, wenn man annimmt, dass § 249 nur ein specielleres Delict gegenüber dem des § 255 darstellt. Dieses muss man annehmen, wenn man jede Wegnahme mit Hülfe von Gewalt gegen eine Person als Nötigung zur Duldung der Wegnahme auffasst. Die meisten Schriftsteller der neueren Zeit behaupten einen wesentlichen Unterschied zwischen Raub und Erpressung. Allerdings macht ihnen die Frage grosse Schwierigkeiten, wann die Gewalt gegen die Person Mittel der Wegnahme sei, ohne eine Duldung der Wegnahme zu erzwingen.

Das Reichsgericht (R. 4. S. 288) und die gemeine Meinung erblicken den Unterschied darin, dass der Thäter bei der Erpressung eine Einwirkung auf die Entschlüsse des Angegriffenen bezweckt, beim Raube aber nur einen von ihm als möglich gedachten oder wirklichen Widerstand aus dem Wege zu räumen sucht.*) Katz hebt hervor (Gerichtssaal Bd. 31 S. 433), dass die Unterscheidung der beiden Delicte eine ungleich schwierigere geworden sei, und es stets einer sehr genauen Feststellung darüber bedürfen würde, ob bei

---

quem bona fide aliquis possidebat, rapuit, aeque hac actione non tenebitur, qui rem suam aufert. Quid ergo, si sibi obligatam? Debebit teneri.

*) vgl. Oppenhoff, Commentar zum St.-G.-B. § 249 Anm. 3, Schwarze § 249 Anm. 9, ferner Villnow, Raub und Erpressung S. 44 ff.; Katz, Gerichtssaal Bd. 31 S. 424.

Ausübung der Gewalt gegen den Verletzten dessen Willensthätigkeit aufgehoben worden sei oder nicht.

Wohin führt diese Ansicht?

Dringt jemand in die Wohnung seines Pfandgläubigers ein, schlägt ihn, ohne seine Absicht, ihm die verpfändete Sache wegzunehmen, mitzuteilen, nieder und nimmt dann die Sache weg, so würde er nach der gemeinen Meinung nur wegen allerdings wohl real konkurrierender Körperverletzung und nach § 289 St.-G.-B.'s bestraft, d. h. also höchstens mit sechs Jahr Gefängnis weniger einen Tag.

Schlägt er den Pfandgläubiger aber, nachdem er ihn vergeblich zur Herausgabe der verpfändeten Sache aufgefordert hat, um ihn durch den Schlag zur Duldung der Wegnahme zu nötigen, so wird er gleich einem Räuber nach § 255 mit Zuchthaus bestraft.

Versetzt er dagegen dem Pfandgläubiger, welcher die Herausgabe der Sache verweigert, einen Schlag, um ihn zu betäuben und dann die Sache wegzunehmen, so wirkt er nicht auf seinen Entschluss ein, erreicht seinen Zweck ebenfalls durch Gewalt, ist aber weder des Raubes noch der Erpressung schuldig, denn er hat keine fremde Sache weggenommen und nicht auf den Entschluss des Pfandgläubigers eingewirkt.

Was würde wohl das Laienpublicum zu derartig verschiedenen Urteilen sagen?

Mit dieser Lehre der gemeinen Meinung verträgt sich ausserdem unseres Erachtens durchaus nicht die von ihr vertretene Ansicht, dass auch durch vis absoluta eine Nötigung, nämlich zu einer Duldung oder Unterlassung (Olshausen § 240 Note 4) möglich sei. Eine Nötigung zum Entschluss ist gerade das Gegenteil von dem, was man unter vis absoluta versteht. Stellt nun aber das St.-G.-B. die vis absoluta der vis compulsiva, d. h. der Einwirkung auf die freie Willensbethätigung durch Drohungen oder der nicht absoluten Gewalt im Falle des § 240 gleich, so wird man auch in anderen Fällen, wo Gewalt und Drohung als Mittel zu einem Zweck erscheinen, keine derartige Unterscheidung machen dürfen. Dass die Feststellung, ob die Willens-

thätigkeit des Verletzten durch die angewendete Gewalt aufgehoben ist, oder er dadurch nur zum Dulden sich hat bestimmen lassen, dass diese Feststellung, die Katz S. 433 a. a. O. selbst „eine sehr genaue“ nennt, ungemein schwierig ist, weil sie ganz auf einem inneren Vorgange beruht, über den sich der einfache Mensch schwerlich oft klar werden wird, übersieht die gemeine Meinung ebenfalls. Und doch ist gerade im Strafrecht die Beweisfrage von grösster Wichtigkeit. Der Regel nach unbeweisbare Thatsachen dürfen nicht zu Thatbestandsmerkmalen eines Delictes erhoben werden. Auf die Frage näher einzugehen, dürfte angesichts unseres Themas nicht am Platze sein. Die Berufung auf die sprachliche Bedeutung des Wortes „Erpressen“ (vgl. Villnow a. a. O. Note 21) dürfte diesen Erwägungen gegenüber nicht durchschlagend sein, um so mehr als das St.-G.-B. durch das Hineinziehen der Nötigung zu einer Duldung auch diesen Sprachgebrauch offenbar verlassen und sich auf dem Boden praktisch-juristischer Erwägungen zu einer Gleichstellung gleichwertiger Thaten veranlasst gesehen hat.*) Es erscheint uns deshalb consequent anzunehmen, dass zwischen dem bewussten Dulden einer Handlung und dem unbewussten, welch letzteres die Folge der Gewalt gegen die Person ist, kein Unterschied für die Frage zu machen ist, ob eine Erpressung begangen ist dadurch, dass jemand zu einem Dulden der einen oder anderen Art „genötigt“ ist.

Wir müssen deshalb auch den Schluss als richtig hinstellen, dass der Raub nach dem St.-G.-B. nur als eine schwere Qualification der Erpressung, als eine Nötigung zum Dulden eines Diebstahls unter Anwendung der schwersten Mittel der Erpressung sich darstellt. Eine gewisse Unterstützung dieser Annahme bietet ja auch die Gleichstellung der mit den Mitteln des Raubes begangenen Erpressung mit diesem selbst, wenn auch die Worte des § 255 die Deutung zulassen, dass es sich bloss um eine gleiche Bestrafung verschiedener

*) Das St.-G.-B. ist hier offenbar dem hessischen St.-G.-B. (Art. 349) und dem sächsischen St.-G.-B. (Art. 282 u. 178) gefolgt.

Delicte handelt. Wenn man nun behaupten wollte, gerade die Handlung des § 289 werde zu hart bestraft, wenn man den § 255 gegebenenfalls auf sie zur Anwendung bringe, so glauben wir, dass diese Handlung keineswegs eine mildere Betrachtung verdient, als beispielsweise die Nötigung zur Bezahlung einer noch nicht fälligen Schuld, bei der, wenn sie etwa am Tage vor der Fälligkeit stattfindet, der Vermögensvorteil bezw. Nachteil unter Umständen kaum nennenswert ist.

Ob in allen Fällen der Erpressung zu den Zwecken des § 289 eine Idealkonkurrenz zwischen diesem § und dem § 253 ff. möglich ist, nämlich, ob auch die Herausgabe der Sache, zu deren Erlangung der Delinquent die Erpressung begeht, überhaupt als Wegnahme im Sinne des § 289 aufgefasst werden kann, dies lässt sich allerdings schwerlich annehmen; denn die Wegnahme wird im § 289 nicht anders aufzufassen sein, als beim Diebstahl, und bei diesem Delict dürfte es kaum jemandem in den Sinn kommen, zu behaupten, dass eine auf dem wenn auch nicht ganz freien Willen beruhende Herausgabe der Sache seitens des Besitzers an den Erpressenden zugleich einen Diebstahl des letzteren enthalte. Eine Idealkonkurrenz zwischen Erpressung und Diebstahl ist sogar unseres Wissens überhaupt noch von niemandem behauptet. Der Wegnahme steht die erzwungene Herausgabe erst dann gleich, wenn sie durch Gewalt gegen die Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben erzielt ist. Dann ist das Delict Raub und consumiert den Diebstahl, konkurriert aber nicht ideell mit ihm, da das St.-G.-B. in diesen schweren Fällen der Entziehung einer fremden Sache die erzwungene Herausgabe und die erzwungene Duldung der Wegnahme zu einem Delict zusammengefasst hat, wie wir oben ausgeführt haben. Allerdings ist die Frage rein theoretisch, denn § 255 bezw. § 253 sind unter allen Umständen anwendbar, weil sie stets die schwereren Strafdrohungen enthalten gegenüber dem § 289.

Nach unseren bisherigen Ausführungen beantwortet sich die Frage, inwieweit das Vergehen des § 289 in

Idealkonkurrenz mit Körperverletzung stehen kann, zum Teil von selbst. Denn wie wir oben nachzuweisen gesucht haben, begründet die Anwendung von Gewalt gegen die Person zum Zweck der Wegnahme einer der in § 289 bezeichneten Sache die Bestrafung nach § 255. Gewalt gegen die Person ist Körperverletzung im Sinne des § 223. Daher steht dieses Strafgesetz mit der räuberischen Erpressung, insofern diese ebenfalls die Körperverletzung zu ihren Thatbestandsmerkmalen zählt, in Gesetzeskonkurrenz. Der Thatbestand des § 223 wird durch den der räuberischen Erpressung consumiert. Es ist uns deshalb nicht ganz klar, aus welchen Umständen Olshausen Idealkonkurrenz zwischen den §§ 253 und 223 als möglich ansieht, und zwar zumal er selbst ausführt, „auch die an einem Dritten verübte Gewalt reiche nach der bestimmten Wortfassung des § 255 hin, dessen Thatbestand zu erfüllen, da nur erfordert werde ‚Gewalt gegen eine Person', d. h. an einer beliebigen Person (sofern nur diese Gewalt kausal zu wirken geeignet sei), nicht aber an der Person des Genötigten selbst". *) Sollte vielleicht der eingeklammerte Satz das entscheidende Merkmal enthalten? Dann müsste mit dem an der ersten Stelle Gesagten wohl eine Körperverletzung eines Dritten gemeint sein, welche kein Mittel der Erpressung, d. h. der Einwirkung auf den zu Nötigenden sein sollte, sondern nur gelegentlich der Erpressung, aber durch dieselbe Thätigkeit begangen wurde, die auch auf den freien Entschluss des Genötigten einwirken sollte, ein Fall, der schwerlich oft vorkommen dürfte. Meistens wird eine derartige, nicht dem Zwecke der Nötigung dienende Gewalt gegen einen Dritten sich blos als eine vorbereitende Handlung im Verhältnis zu der Erpressung darstellen, insofern als der Thäter durch die Körperverletzung sich den Weg zu der Person bahnt, gegen welche er Erpressung begehen will, oder indem er die Körperverletzung begeht, um sich die ungestörte Ausführung der Erpressung zu

*) Olshausen, Commentar zum St.-G.-B. § 253 Anm. 14 letzter Absatz und § 255 Anm. 2 am Ende.

sichern. In diesen Fällen würden wir keine Idealkonkurrenz zwischen Erpressung und Körperverletzung erblicken können; es könnte sich höchstens um ein fortgesetztes Verbrechen handeln, auf das allerdings der § 73 St.-G.-B.'s ebenfalls angewendet wird. Wir würden allerdings nicht geneigt sein, in einem solchen Falle, wo ein Delict bloss die Rolle einer vorbereitenden Handlung zu dem darauf folgenden hauptsächlich bezweckten Delict spielt, ohne dass die Thätigkeit des ersteren mit der des späteren Delictes ganz oder zum Teil eine einzige Handlung bildet, ein fortgesetztes Verbrechen zu erblicken, zumal wenn nicht auch das vorbereitende Delict gegen dasselbe Rechtsgut, oder was in unserem oben gedachten Erpressungsfalle mit voraufgehender Körperverletzung eines Dritten dasselbe ist, gegen dieselbe Person gerichtet ist. Andernfalls würde man dahin kommen, jemanden, der die Absicht hat, demnächst eine bestimmte Person A. zu töten, und zu diesem Zwecke zunächst den natürlichen Beschützer des A. tötet, nur als eines Tötungsverbrechens schuldig zu halten, was entschieden dem Rechtsbewusstsein zuwider läuft.

Wir haben bisher nur den Fall ins Auge gefasst, wo jemand durch eine Erpressung sich den Besitz der Sache entgegen der Norm des § 289 verschafft. Es bleibt nun noch der Fall zur Betrachtung übrig, wo der Thäter, nachdem er die That begangen, gegen den Verletzten Gewalt oder Drohungen anwendet, um sich in dem Besitze der weggenommenen Sache zu erhalten. Nach der Analogie des § 252 möchte man, wenn der Thäter auf frischer That ertappt wird, also noch nicht im ungestörten Besitze der weggenommenen Sache sich befindet, schliessen, dass in unserem Falle ebenfalls die Bestrafung wegen Erpressung bezw. räuberischer Erpressung am Platze wäre. Andererseits spricht aber doch die Thatsache, dass das St.-G.-B. diesen Fall besonders hervorgehoben und dem Raube gleich gestellt hat, dagegen, dass eine solche Behandlung des Thäters auch ohne diese Bestimmung statthaft wäre. Die Frage ist deshalb nach den allgemeinen Grundsätzen über das

fortgesetzte Delict zu behandeln. Es ist nun zunächst möglich, dass die Gewalt vom Thäter angewandt wird gegenüber einem Versuche des Besitzers, ihm die Sache wieder zu entreissen, ein Versuch, der sich, solange der Thäter die Sache noch nicht in Sicherheit gebracht hat, als ein Act erlaubter Selbsthülfe charakterisiert. Hierin würde man, wie wir glauben, keine Erpressung erblicken können, da die Gewalt dem Thäter hier keinen Vermögensvorteil verschafft, den er nicht bereits hätte. Er hat bereits den Besitz und verteidigt ihn nur mit Gewalt. Allerdings ist er nicht berechtigt, dem Versuche des Besitzers, durch Selbsthülfe seinen Besitz gewissermassen zu behaupten, Gewalt entgegenzusetzen, und macht sich durch solche Gewalt der Körperverletzung schuldig und auch der Nötigung, letzterer beiden Delicte natürlich in Idealkonkurrenz. Erpressung aber liegt nicht vor.

Nun ist es aber auch denkbar, dass der Thäter Gewalt oder Drohungen anwendet, um den Besitzer nach begangenem furt. poss. zu nötigen, auf sein Besitzrecht bezw. sein Pfand-, Nutzungs- oder Retentionsrecht zu verzichten, und es könnte mit gutem Grunde vom Standpunkte des Privatrechts gesagt werden, dass durch diese Nötigung dem Verletzten ein neuer Schaden zugefügt werde, der in der blossen Besitzentziehung noch nicht zu finden war. Und in der That hat sich das Reichsgericht in einer Anzahl von Erkenntnissen, welche, wenn auch nicht dieselben Konkurrenzfälle, so doch rechtlich offenbar gleichgeartete Fälle behandeln, auf den Standpunkt gestellt, welchen wir eben als den privatrechtlichen bezeichnet haben, und deshalb Realkonkurrenz zwischen den nach einander begangenen Delicten angenommen. Es sind dies die Urteile: E. Bd. II S. 53, Bd. X S. 76, R. Bd. IV S. 669 und Goltdammers Archiv Bd. 38 S. 202.

In den beiden erstgenannten Urteilen führt das Reichsgericht aus, eine Urkundenfälschung, welche dem Zwecke diene, sich den ferneren ungestörten Besitz von Werten zu sichern, resp. um Ersatzansprüchen vorzubeugen wegen solcher Sachen, welche man durch Ueber-

schlagung bezw. Betrug erlangt habe, sei als schwere Urkundenfälschung des § 268 in Realkonkurrenz mit dem vorangegangenen Delict der Unterschlagung oder des Betruges zu bestrafen.

Ebenso nimmt das Urteil in Goltdammers Archiv an, dass jemand, der Gelder unterschlagen habe und, um sich den Besitz des durch die Unterschlagung erlangten Geldes zu sichern, Bücher unrichtig führt, und auf diese Weise den Ersatzberechtigten täuscht, sich des Betruges in Realkonkurrenz mit der vorangegangenen Unterschlagung schuldig mache.

Dieser Praxis stimmt Olshausen (§ 263 Note 56 c α), wie auch Oppenhoff (§ 246 Anm. 55) unbedenklich zu, während Meves in G.'s Archiv a. a. O. dagegen geltend macht, dass die Absicht, sich eine Sache anzueignen, sich auch von vornherein darauf richte, sich im Besitz der Sache zu halten, und die Thätigkeit, welche den letzteren Zweck habe, offenbar nur ein Act des Zueignungswillens sei. Man dürfe deshalb die Absicht, sich einen bereits erlangten Vermögensvorteil zu erhalten, nicht von neuem als die Absicht, sich einen solchen zu verschaffen, strafrechtlich verwerten.

Wir können uns dieser Argumentation von Meves nur anschliessen. Mit Recht hebt derselbe auch hervor, dass der § 351 St.-G.-B.'s gegen die Annahme einer Realkonkurrenz in denjenigen Fällen spreche, wo eine Unterschlagung durch nachherige Fälschungen oder sonstige Täuschungen verdeckt wird. Dieser § bestraft den Thäter nur wegen der Unterschlagung, allerdings mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, während derselbe, wenn die Reichsgerichts-Entscheidungen richtig wären, eine ungerechtfertigte Milde gerade gegenüber einem Beamten bedeuten würde, da die Urkundenfälschung nach § 268 Nr. 2 St.-G.-B.'s allein schon mit zehn Jahren Zuchthaus, abgesehen von der Geldstrafe als Nebenstrafe, bedroht ist; nähme man Realkonkurrenz an, so würde der Private bedeutend härter bestraft werden als der Beamte, was entschieden ungerechtfertigt sein würde.

Die Consequenz der obigen Entscheidungen ist ferner, dass der Thäter mit Bezug auf eine Geldsumme,

die er durch Betrug erlangt hat, gegen dieselbe Person noch einmal dadurch einen Betrug verüben kann, dass er dieselbe Vorspiegelung, durch die er das Geld erlangt hatte, nochmals gegenüber dem Betrogenen zur Anwendung bringt.

Dieses Resultat dürfte mit der natürlichen Auffassung kaum zu vereinigen sein. Auch ist es hart, den Thäter wegen zweier Delicte zu bestrafen, denn die nachfolgende Täuschung hat wohl vor Allem den Zweck, der Entdeckung und Bestrafung zu entgehen. Die Behauptung des erlangten Vorteils ist damit nur untrennbar verbunden. Wir glauben sogar, dass die gegenteilige Ansicht vom Standpunkte der Logik aus anfechtbar ist.

Wenn man nach einem voraufgegangenen Betruge wieder einen neuen Betrug mit dem Ersatzanspruch als Angriffsobject verüben kann, so kann man wegen dieser selben Sache Betrug in infinitum weiter verüben, denn aus jedem Betrug entspringt ja wieder die actio doli, und um diese betrügt man dann wieder den Betrogenen. Ebenso würden der einen Erpressung, durch die der Besitzer zur Aufgabe seines Besitzrechtes genötigt ist, unzählige weitere folgen können, da jede Erpressung wieder die actio quod metus causa erzeugen und der Verzicht auf diese wieder Gegenstand einer Erpressung sein könnte.

Diese Argumentation richtet sich zwar den Worten nach nur gegen die Annahme des Reichsgerichts, dass ein Betrug um einen Ersatzanspruch ex dolo möglich ist, aber es ergiebt sich unseres Erachtens die Folgerung, dass ein Betrug um Ersatzansprüche aus einer strafbaren Handlung überhaupt nicht möglich ist und ebenso wenig eine Erpressung zu diesem Zweck. Denn der Ersatzanspruch ist in Wahrheit nichts Selbständiges gegenüber der Sache, so dass man ausser um die Sache auch um den Ersatzanspruch geschädigt werden könnte, so wenig wie man nach Civilrecht die Sache und den Ersatz verlangen kann, sondern die Klagen darauf in Konkurrenz stehen. Sonst wäre die Schädigung um die Sache keine Vermögensbeschädigung, weil ja der

Ersatzanspruch an die Stelle tritt. Die hohen Strafen, die auf den Diebstahl, die Erpressung, Unterschlagung und den Betrug angedroht sind, sind aber doch jedenfalls nur deshalb so hoch, weil diese Delicte gerade im Gegensatz zu ihrer privatrechtlichen Folge nach der criminalistischen Anschauung die völlige und definitive Vermögensschädigung in Bezug auf einen bestimmten Vermögenswert zum Zweck haben, wobei nur die Mittel verschieden sind. Dasselbe gilt auch von dem sog. furtum possessionis. Es muss auch hier von dem Strafgesetz nicht der blosse Besitz, sondern auch das Recht als verletzt betrachtet worden sein, sonst wäre die Höhe der Strafe auch hier unbegreiflich. Der dolus des Thäters ist bei allen diesen Delicten auf Herbeiführung desjenigen thatsächlichen Zustandes gerichtet, welcher die factische Negation des Rechtes des Verletzten bedeutet. Daraus ergiebt sich aber, dass, wenn ein gewisser Vermögenswert durch eins dieser Mittel dem Vermögen des Verletzten völlig entzogen ist, fernere Handlungen, welche, wenn dieser Erfolg nicht bereits eingetreten wäre, den Thatbestand eines denselben Vermögensschaden bezweckenden Delicts erfüllen würden, nach dem Eintritt dieses Erfolges keine Delicte mit Rücksicht auf diesen Erfolg mehr sein können. Nähme man das Gegenteil an, so würde es auch möglich sein, an einer gestohlenen oder unterschlagenen Sache eine Sachbeschädigung zu begehen, weil durch die Zerstörung der Sache die Vindication der Sache unmöglich gemacht und im Fall der Beschädigung ebenfalls ein neuer Schaden entsteht. Aber diesen Gedanken weist das Reichsgericht selbst von sich (R. 10. S. 488).

Wenn wir oben ausgeführt haben, dass unseres Erachtens eine Idealkonkurrenz zwischen dem Delicte des § 289 und der Körperverletzung des § 223 im allgemeinen ausgeschlossen ist, weil letzteres Delict durch das der Erpressung consumiert wird, so ist doch noch zu erwähnen, dass die Delicte des § 223a und § 225 mit der Erpressung und damit auch mit dem Delict des § 289 in Idealkonkurrenz treten können.

Denn die in diesen §§ unter Strafe gestellte Gewalt gegen die Person ist eine speciellere als die zum Thatbestande der Erpressung gehörige. Andererseits kann von Gesetzeskonkurrenz, d. h. Consumtion des Erpressungsdelictes durch die letztgenannten Körperverletzungsfälle nicht die Rede sein, weil diese Delicte nur als Körperverletzungen speciellere Delicte im Vergleich zur Erpressung sind, die Erpressung aber ausser der Körperverletzung ja noch zwei durchaus andere Thatbestandsmerkmale besitzt, welche dem Delict der Körperverletzung nicht eigentümlich sind, die gewinnsüchtige Absicht und die Einwirkung auf die Willensfreiheit. Hervorzuheben ist dabei, dass im Falle der Konkurrenz zwischen § 255 und § 225 der erstere als der schwerere anzusehen und gemäss § 73 St.-G.-B.'s anzuwenden sein würde, da er zwar einen geringeren Mindestbetrag, abgesehen von den Fällen des § 250 und § 251, aber einen wesentlich höheren Höchstbetrag androht. Dagegen ist Idealkonkurrenz zwischen § 255 und §§ 224, 226 in demselben Masse ausgeschlossen, wie zwischen § 255 und § 223, da, wenn die Gewalt eine der in den §§ 224 und 226 bezeichneten Folgen gehabt hat, also dadurch eine schwere Körperverletzung oder der Tod verursacht ist, die §§ 224 und 226 durch den § 251 consumiert werden, welcher auch bei dem Delict der Erpressung gegebenenfalls zur Anwendung kommt.

II. Sehen wir nunmehr zu, ob das Delict des § 289 noch mit anderen Delicten des St.-G.-B.'s in ideale Konkurrenz treten kann. Da ergiebt sich uns zunächst eine Betrachtung des Verhältnisses zwischen

§ 289 und § 263.

Wenn jemand durch Vorspiegelung einer unwahren Thatsache oder durch die Unterdrückung bezw. Entstellung wahrer Thatsachen den Pfandgläubiger, Nutzungs- oder Retentionsberechtigten über das Bestehen seines Rechtes täuscht und dadurch veranlasst, dem Eigentümer oder zu Gunsten des Eigentümers die Sache, an der eins der fraglichen Rechte besteht, herauszugeben,

oder dem Thäter die Fortschaffung der Sache zu gestatten, so würde nach den Gründen des Urteils des Reichsgerichts im 25. Bande und unserer obigen Ausführung die Frage aufgeworfen werden, ob Idealkonkurrenz zwischen dem Delicte des § 263 und dem des § 289 möglich ist. Denn auch hier handelt es sich um durchaus verschiedene Delicte, die in keinem derjenigen Verhältnisse stehen, welche unter den Begriff der Gesetzeskonkurrenz fallen. Der Betrug ist zwar auch ein Delict gegen das Vermögen, wie das des § 289, und insoweit ist § 289 das speciellere Delict. Aber der Betrug ist zugleich ein Delict gegen Treu und Glauben im Verkehr und hat insofern mit dem Delict des § 289 nichts gemein. Trotzdem ist aber auch Idealkonkurrenz zwischen beiden Delicten nicht möglich. Dabei macht es unseres Erachtens keinen Unterschied, ob der Betrogene dazu veranlasst wird, die Wegnahme der Sache aus seinem Gewahrsam zu dulden, oder ob er selbst die Sache dem Betrüger herausgiebt. Denn in dem einen und in dem anderen Falle wird ihm der Besitz der Sache durch den Betrüger nicht wider seinen Willen entzogen, sondern mit seiner Einwilligung, und es kommt für das Recht gar nicht darauf an, ob diese Einwilligung auf einem Irrtum im Motiv beruht oder nicht. Ist doch sogar die Eigentumsübertragung voll gültig und bedarf es doch erst besonderer Rechtsmittel, der actio bezw. exceptio doli, um den Eigentumsübergang zu annullieren. Der Diebstahl — und ihm steht, was die Handlung anbelangt, das Delict des § 289 gleich — die Wegnahme der Sache setzt ein Handeln gegen den Willen des Besitzers voraus.*)

*) vgl. l. 46 § 7 und § 8 Dig. d. furt. 47. 2: Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit. Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. Et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus. l. 92 Dig. d. furt.: Si quis, cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere. Paulus immo contra: nam si quis

Hierin liegt aber ein so diametraler Gegensatz zum Betruge, dass eine Idealkonkurrenz zwischen beiden ausgeschlossen ist. In diesem Falle erlangt der Thäter den Besitz der Sache nicht durch Wegnahme, sondern durch Vorspiegelung falscher Thatsachen, und ist deshalb § 263 allein anzuwenden. Auch in der Form des fortgesetzten Verbrechens halten wir eine Konkurrenz beider Delicte nicht für möglich. Ein Beispiel, bei dem diese Frage aufgeworfen werden könnte, wäre etwa folgendes:

Der Eigentümer verschafft sich von dem Pfandgläubiger, Nutzungs- oder Retentionsberechtigten unter irgend einer Vorspiegelung die Erlaubnis, die Wohnung des letzteren zu betreten, um sodann aus demselben die verpfändete etc. Sache wegzuschaffen.

In diesem Falle dient zwar die Vorspiegelung dem nach § 289 strafbaren Zwecke, aber der Erfolg, die Wegnahme der Sache steht nicht zu der vorangegangenen Täuschung im Causalzusammenhange. Dieser Vermögensschaden des Getäuschten ist nicht, wie dies der § 263 St.-G.-B.'s verlangt, durch die Täuschung verursacht, sondern diese Täuschung stellt sich nur als eine vorbereitende Handlung im Verhältnis zu der Wegnahme dar. Die Täuschung selbst hat noch keine Vermögensbeschädigung zur Folge gehabt, denn die Gelegenheit zu einer Vermögensbeschädigung bedeutet noch keine Vermögensbeschädigung, und darum liegt ein Betrug überhaupt nicht vor. Für diese Fälle ist richtig, was Binding S. 363 § 77 am Ende sagt: „der Betrug beginnt, wo Diebstahl bezw. Unterschlagung nicht vorliegen, das durch Täuschung begangene Eigentumsverbrechen ist kein Betrug", eine Ausführung, die im übrigen, wie unten noch nachgewiesen wird, zu weit geht. Es ist deshalb schwer zu verstehen, weshalb einzelne Strafgesetzbücher das furt. poss. stets als

---

scit sibi rapi et, quia non potest prohibere, quievit, furti agere potest. At si potuit prohibere nec prohibuit, nihilo minus furti aget: et hoc modo patronus quoque liberto et is, cuius magna verecundia ei, quem in praesentia pudor ad resistendum impedit, furtum facere solet.

Betrug bestraft wissen wollen, wenn Betrug nicht in dem allgemeinen Sinne von dolus gefasst wird.

Wenn wir oben die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen Betrug und dem Delict des § 289 schlechthin geleugnet haben, so müssen wir dem Einwande zuvorkommen, dass wir weiter oben Idealkonkurrenz zwischen räuberischer Erpressung und im Falle der erzwungenen Duldung der Wegnahme auch mit einfacher Erpressung für möglich erklärt haben. Man könnte uns entgegen halten, dass wir die Duldung der Wegnahme beim Betruge der Herausgabe der Sache gleich gestellt, und dass in der Duldung bei der Erpressung, ebenso wie beim Betruge ein Einverständnis des Besitzers mit der Besitzergreifung des Thäters, also eine Besitzübertragung vorliege. Diese Übereinstimmung ist jedoch nur scheinbar, in Wahrheit ist die erzwungene Einwilligung durchaus verschieden von der durch Betrug erlangten. Ein erzwungener Wille ist zwar nach der subtilen Anschauung der römischen Juristen — „coactus tamen voluit“ —, die sich sogar im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches wiederfindet, aber nicht nach der natürlichen Anschauung ein Wille. Und nur die letztere giebt unseres Erachtens eine taugliche Grundlage für die strafrechtliche Behandlung des Zwanges. Deshalb kann eine erzwungene Duldung der Wegnahme nicht der Übergabe gleich behandelt werden. Andererseits fehlt wiederum bei der erzwungenen Herausgabe eine Thätigkeit des Erpressenden, welche man als Wegnahme bezeichnen könnte.

Haben wir im Vorhergehenden für den Fall, dass der Betrug lediglich Mittel zum Zweck der Ermöglichung der Wegnahme ist, das Dasein eines fortgesetzten Verbrechens geleugnet, so ist des Zusammenhanges wegen noch zu erwähnen, dass im umgekehrten Falle, wo der Betrug nach der geschehenen Wegnahme begangen wird, um den Verletzten über das Vorhandensein seines Ersatzanspruches gegen den Thäter zu täuschen, mit anderen Worten, um sich in dem Besitz der weggenommenen Sache zu behaupten, nach unseren obigen

Ausführungen (p. 22 ff.) ein fortgesetztes Delict ebenso wenig, wie eine Realkonkurrenz mit § 263 vorliegt.

Es ist zum Schluss zu bemerken, dass die Frage, ob Konkurrenz zwischen Betrug und dem Delicte des § 289 möglich ist, insofern grösste Bedeutung hat, als § 289 stets, § 263 nur relatives Antragsdelict ist, und es im § 289 Strafausschliessungsgründe giebt, welche im Falle des § 263 nicht bestehen, § 263 aber in den Fällen der Strafausschliessungsgründe des § 289 ein Antragsdelict ist. Nach § 289 ist der Thäter straflos, wenn er die That gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begangen hat. Dies ist nach § 263 nicht der Fall, wohl aber ist auch in diesem Falle, da die genannten Personen Angehörige im Sinne des St.-G.-B.'s sind, der Betrug ein Antragsdelict. Nach § 289 ist aber die Zurücknahme des Antrages stets statthaft, nach § 263 in den Fällen, wo ein Antragsdelict vorliegt. Wäre Idealkonkurrenz zwischen diesen Delicten möglich, so würde sie doch immerhin ausgeschlossen sein, wo die That aus dem Gesichtspunkte des § 289 straflos ist, und in diesem Falle § 263 ausschliesslich anzuwenden sein, der übrigens hinsichtlich der Strafdrohung der schwerere und für die Strafzumessung daher allein in Frage kommen würde.

§ 289 und § 303.

III. Ein anderes Delict, mit dem das des § 289 konkurrieren könnte, ist das der Sachbeschädigung. Wie die Gewalt gegen die Person des Innehabenden in den von den beiden oben besprochenen Reichsgerichtserkenntnissen behandelten Fällen das Mittel zur Wegnahme der Sache war, so kann auch eine Sachbeschädigung diesen Zweck unmittelbar verwirklichen. Setzen wir z. B. den Fall, dass die verpfändete oder retinierte oder mit einem Nutzungsrecht behaftete Sache von dem Berechtigten in seiner Behausung durch irgend eine Vorrichtung der Art befestigt ist, dass die Zerstörung oder Beschädigung der Befestigungsmittel zum Zwecke der Wegnahme notwendig ist oder vom fur zu

diesem Zwecke vorgenommen wird, so ist diese Sachbeschädigung ein Bestandteil der Wegnahme, bildet also mit dieser eine Handlung im Sinne des § 73 St.-G.-B.'s. Dasselbe würde, so glauben wir, gelten, wenn die Sache in einem verschlossenen Behältnis vom Besitzer aufbewahrt wird, und der fur zur Erlangung des Besitzes der Sache das Behältnis beschädigt oder zerstört. Denn auch in diesem Falle erscheint die Sachbeschädigung nicht als blosse vorbereitende Handlung zu der Wegnahme, sondern als Bestandteil der Wegnahme selbst. Umgekehrt würden wir Bedenken tragen, eine einheitliche Handlung dann anzunehmen, wenn der Thäter, um Zutritt zu dem Raume, in dem sich die Sache befindet, zu erlangen, sich den Zugang zu diesem Raume durch eine Sachbeschädigung verschafft, z. B. durch Aufbrechen von Thüren oder Fensterscheiben. In diesen Fällen handelt es sich unseres Erachtens um eine bloss vorbereitende Handlung zu der Wegnahme, während in den vorher gedachten Beispielen in der Sachbeschädigung bereits der Anfang der Ausführung der Wegnahme zu erblicken ist. In den erstgedachten Fällen wird die Sache durch die Sachbeschädigung selbst wegnehmbar. Zwar wird für den schweren Diebstahl vielfach die Meinung vertreten, dass in dem Einbrechen und Einsteigen bereits der Anfang der Ausführung des Diebstahls zu erblicken sei, aber diese Ansicht gründet sich nur darauf, dass beim schweren Diebstahl jene Thätigkeiten Thatbestandsmerkmale sind. Sie ist deshalb beim einfachen Diebstahl nicht aufgestellt. Solange die Strafthat sich noch nicht im Stadium wenigstens des Versuchs befindet, kann von einer Idealkonkurrenz eines anderen Delictes nicht die Rede sein, denn es liegt noch keine strafbare Handlung vor, mit der eine andere konkurrieren könnte. Die eine strafbare Handlung ist bereits beendet, wenn die andere beginnt, und sie stehen infolgedessen als zeitlich nach einander begangene Handlungen niemals in Idealkonkurrenz, sondern man kann höchstens fragen, ob eine fortgesetzte Handlung in den beiden zeitlich auf einander folgenden Delicten zu erblicken sei.

Binding (S. 582, 583 unter 7) ist allerdings anderer Meinung und nimmt Idealkonkurrenz auch in derartigen Fällen an, mit der Begründung, die eine Handlung des § 73 könne von dem Versuche eines der konkurrierenden Verbrechen beginnen und die Vollendung eines derselben überdauern. Aber wenn wir auch sonst die logische Richtigkeit der Bestimmungen des St.-G.-B.'s im § 73 und § 74 mit Binding zu bezweifeln wagen, die von Binding in diesem Punkte aufgestellte Meinung geht unseres Erachtens zu weit in der durch den § 73 eingeschlagenen Richtung der realistischen Betrachtungsweise. Dass dieser § die Gleichzeitigkeit der verbrecherischen Handlung annehme, wo sie noch nicht oder nicht mehr verbrecherisch ist — Binding spricht von der factischen Abgeschlossenheit im Gegensatz zur juristischen —, das lässt sich keineswegs beweisen, und es würde der Begriff der factischen Abgeschlossenheit zu noch grösseren Sonderbarkeiten in der Rechtsprechung führen, zumal sein einziges Criterium auch nach Binding die Einheit des Entschlusses zu sein scheint, und dieses Moment als ein rein inneres kaum beweisbar ist. Wie lange dauert z. B. ein Diebstahl? Nach Binding (S. 583) von dem Betreten des Hauses in Diebstahlsabsicht bis zum Wiederverlassen desselben. Warum sollen nun aber die Mauern des Hauses gerade die Grenze bilden? Könnte man nicht ebenso gut die Wohnung des Bestohlenen im Hause an die Stelle setzen, oder die Beendigung erst in dem Augenblick eintreten lassen, wo der Dieb die Sache in Sicherheit gebracht hat? Es ist kaum möglich, anzunehmen, dass alle Delicte, die jemand während dieser ganzen Zeit begeht, mit dem Diebstahl in Idealkonkurrenz stehen.*) Hier lässt sich

*) Rg. E. Bd. 17 S. 113 u. 114: „Wiederholt hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts darauf hingewiesen, dass, wenn man die durch Einheit eines Entschlusses charakterisierte Planmässigkeit einer länger dauernden Thätigkeit, auf welches letzte Ziel sie auch ausgehen mag, für sich allein schon genügen lassen wollte, um alle Stadien dieser Thätigkeit trotz ihrer Verschiedenartigkeit zur juristischen Einheit der Handlung zu verbinden, man zu dem Ergebnisse gelangen würde, dass alle möglichen Delicte zu einem einzigen fortgesetzten Delicte werden könnten, blos weil der Thäter

mit Recht die herrschende Meinung von der natürlichen Anschauung des Lebens leiten, und man sollte fast glauben, dass es Binding ebenso wie in der Anmerkung 42 S. 584, 585 mit seiner Ausführung nur darauf ankommt, das Bedenkliche der herrschenden Meinung oder vielmehr des St.-G.-B.'s drastisch darzustellen.

Für die rechtliche Behandlung des Falles macht es allerdings keinen Unterschied, ob man die beiden Thaten als fortgesetztes Delict oder als ideal konkurrierend ansieht. Es fehlt aber, um diese Frage gleich hier zu erledigen, in unseren Fällen der Sachbeschädigung und des nachfolgenden furt. poss. an einem Erfordernis der fortgesetzten Handlung, an demjenigen der Einheit des Rechtsgutes. Die Sachbeschädigung hat zum Angriffsobject das Eigentum, die Wegnahme des § 289 aber den Besitz, allerdings einen Besitz, mit dem ein bestimmtes Vermögensrecht correspondiert. Durch diesen Zusatz gestaltet sich das Angriffsobject des § 289 nicht etwa bloss zu einer species des Eigentums. Beide Angriffsobjecte haben nur das gemeinsam, dass sie sich dem Begriff „Vermögen" unterordnen. Aber Eigentum und die im § 289 genannten Rechte sind durchaus verschieden. Aber nicht nur die Angriffsobjecte sind verschieden, auch in anderen Beziehungen zeigt es sich, dass man es nicht mit derselben Delictsart zu thun hat. Während der Diebstahl und das furt. poss. Eigennutzdelicte sind, hat die Sachbeschädigung keineswegs Eigennutz zum Motiv, sondern ist lediglich auf Zerstörung von Gütern gerichtet. Hierin liegt aber eine so weit gehende Verschiedenheit, dass ein innerer Zusammenhang der beiden Thätigkeiten kaum zu construieren ist, ja vielleicht nicht einmal eine Einheit des Entschlusses. Denn auch in der Vorstellung des Thäters werden so verschiedene Delicte nicht als eine Handlung erscheinen können. Wenn dies aber nicht

---

ihre successive Verübung als Mittel zu dem letzten Ziele, welches er sich setzte, für diensam erachtet hat, so dass das Belieben des Thäters allein den Rechtsbegriff der Einheit der Handlung für jeden konkreten Fall bestimmen würde."

möglich ist, so können sie nicht wohl Gegenstand eines Entschlusses sein.

§ 289 und § 242.

IV. An das zuletzt Erörterte dürfte zweckmässigerweise die Frage angeknüpft werden, inwieweit eine Konkurrenz zwischen Diebstahl und unserem furt. poss. möglich ist, und insbesondere, ob bei zwei Handlungen, welche einzeln betrachtet als Diebstahl und furt. poss. erscheinen, eine Verbindung zu einer fortgesetzten Handlung denkbar ist. Was zunächst die Frage der Idealkonkurrenz zwischen Diebstahl und furt. poss. anlangt, so ist die Möglichkeit derselben nicht zu bestreiten, da jemand mit einem Griffe mehrere Sachen, unter diesen eine fremde und seine eigene wegnehmen kann, z. B. ein Behältnis, in dem seine Sache vom Besitzer verwahrt wird.

Wie ist es nun aber, wenn der Thäter den Entschluss fasst, seine Sache und eine fremde Sache dem Besitzer wegzunehmen und diesen Entschluss unter den Modalitäten ausführt, welche z. B. im Fall des successiven Diebstahls verschiedener Sachen die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens nach der herrschenden Meinung begründen würden? Gegen die Annahme eines fortgesetzten Delicts wird man hier ebenfalls versucht sein, einzuwenden, dass die Angriffsobjecte, wie bei der Sachbeschädigung und dem furt. poss. hervorgehoben ist, so auch hier in gleicher Weise verschieden sind. Beim Diebstahl ist eine fremde Sache, also das Eigentum, beim furt. poss. nur der fremde Besitz angegriffen. Aber diese Verschiedenheit dürfte gegenüber der Gleichartigkeit der Delicte im übrigen nicht ins Gewicht fallen. Bei beiden Delicten handelt es sich vor Allem um rechtswidrige Verletzung fremden Besitzrechts, und deshalb lässt sich sagen, dass das angegriffene Rechtsgut im wesentlichen dasselbe ist. Ebenso ist auch die Handlung als Thätigkeit bei beiden Delicten dieselbe. Es ist auch in Erwägung zu ziehen, dass das furt. poss. offenbar nur zum Zweck der milderen Bestrafung von unserem St.-G.-B. aus dem Rahmen des furtum heraus-

gehoben und zu einem besonderen Delict gestempelt ist. Hierdurch hat jedenfalls nicht die Thatsache beseitigt werden sollen, dass beide Delicte ein und derselben Delictsart angehören. Andernfalls würde die Absicht der milderen Bestrafung in concreto zu einer härteren Behandlung des Thäters, nämlich zur Annahme einer Realkonkurrenz zwischen den beiden auf einander folgenden Thätigkeiten führen. Denn das Leugnen der Einheit des angegriffenen Rechtsguts hat nach der herrschenden Meinung, wie schon oben gesagt, die Folge, die Anwendung des Begriffes „fortgesetztes Delict“ auszuschliessen. Da wir nun hier die Möglichkeit einer fortgesetzten Handlung zwischen den Delicten des Diebstahls und des § 289 angenommen haben, so ergiebt sich daraus auch die Möglichkeit derselben Annahme für unser furt. poss. und den Raub. Wenn nämlich der Dieb, auf frischer That ertappt, gegen den Bestohlenen Gewalt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten (§ 252), so ist er als Räuber zu bestrafen. Hatte dieser Dieb zugleich unter den Voraussetzungen einer fortgesetzten Handlung ein furt. poss. begangen, so bildet dieses sonach auch mit dem nachträglich dem Raube gleichgestellten Diebstahl eine allein nach § 252 zu bestrafende Handlung. In diesem Fall darf man nicht das Delict des § 252 als in Realkonkurrenz zu dem des § 289 stehend behandeln, weil der Entschluss, Gewalt zu verüben, erst nach Vollendung des einen Delictes gefasst ist; die Gewalt verleiht vielmehr nur dem vorangegangenen Diebstahl eine erschwerende Qualification und hebt deshalb das Bestehen eines fortgesetzten Delictes zwischen den beiden strafbaren Handlungen nicht auf.

§ 289 und § 137.

V. Als ein weiteres Delict, mit dem das furt. poss. in Konkurrenz treten kann, ergiebt sich das des § 137 St.-G.-B.'s. Letzterer § bedroht den mit Strafe, welcher Sachen, die durch die zuständigen Behörden oder Be-

amten beschlagnahmt oder gepfändet sind, vorsätzlich bei Seite schafft, zerstört oder in anderer Weise der Verstrickung ganz oder teilweise entzieht.

Nach § 709 der C. P. O. begründet die Pfändung wegen Geldforderungen ein Pfandrecht, das römische sog. pignus in causa judicati captum, und nach § 810 C. P. O. wird der Arrest in das bewegliche Vermögen durch Pfändung vollzogen. Hierdurch ergiebt sich die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen §§ 289 und 137 St.-G.-B.'s. Wenn nämlich der Thäter seine gepfändete Sache, welche der Gerichtsvollzieher in Besitz genommen hat, diesem wegnimmt, oder ein anderer diese Handlung vornimmt zu Gunsten des Eigentümers, dessen Sache im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollstreckung eines Arrestes gegen ihn gepfändet ist, so nimmt er damit zugleich dem Pfandgläubiger, für den der Gerichtsvollzieher detiniert, die Sache rechtswidrig weg. Würde die Vollstreckung nicht gegen den Eigentümer sich gerichtet haben, sondern gegen einen dritten Besitzer, weil der Gerichtsvollzieher diesen für den Eigentümer hielt, so würde durch eine solche Pfändung selbstverständlich kein Pfandrecht begründet sein, und der Eigentümer, welcher seine Sache auch in Kenntnis dieser Pfändung an sich nähme, nicht das Delict des § 289 begehen.*) Für das Delict des § 137 kommt dagegen nur in Betracht, dass die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung resp. Arrestpfändung vorliegen und die nötigen Förmlichkeiten beobachtet sind. Ob Dritte berechtigt sind, der Pfändung zu widersprechen, sei es auf Grund eines die Veräusserung hindernden Rechtes im Sinne des § 690 C. P. O. resp. ein besseres Recht geltend zu machen nach § 710 C. P. O., das ist nach der Stellung des § 137 St.-G.-B.'s in dem Abschnitt über „die Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" für gleichgültig zu erachten. Denn es soll offenbar durch diese Strafdrohung verhindert werden, dass jemand mit Eigenmacht gegen einen von öffentlichen Beamten in aller Form Rechtens vorgenommenen

*) Olshausen, § 289 Anm. 2 b.

Pfändungs- oder Beschlagnahmeact vorgeht. Hätte § 137 eine gewinnsüchtige Absicht zur Voraussetzung, so würde vermutlich die Strafe erheblich höher sein, da § 288 für das Beiseiteschaffen von Vermögensbestandteilen zum Zweck der Vereitelung der Befriedigung eines Gläubigers, welcher die Zwangsvollstreckung zu betreiben beabsichtigt, schon eine Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren, also das Doppelte der in § 137 enthaltenen Strafe androht. In demselben Sinne hat sich das Reichsgericht über diese Frage ausgesprochen im 9. Bande E. S. 403. Siehe ferner Olshausen Anm. 15, letzter Absatz.

Der Gerichtsvollzieher kann nun nach § 712 C. P. O. Absatz 2 die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners lassen, wenn der Gläubiger einwilligt oder ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Dann muss die Pfändung durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise ersichtlich gemacht werden. Ist dies geschehen, so kann zwar unzweifelhaft das Delict des § 137 trotzdem an diesen Sachen begangen werden. Ist aber auch das Vergehen gegen § 289 unter diesen Umständen möglich?

Dies dürfte zu verneinen sein. Denn wie wir früher hinsichtlich des Betruges schon ausgeführt haben, ist die Handlung der Wegnahme für das Delict des § 289 dieselbe wie für den Diebstahl. Ein solcher ist aber unzweifelhaft nicht möglich an Sachen, die man selbst im Gewahrsam hat. Schafft daher der Eigentümer, dem Sachen gepfändet sind, ohne dass sie dabei aus seiner Wohnung fortgebracht sind, diese Sachen in rechtswidriger Absicht fort, so begeht er nur das Delict des § 137. Konkurriert dagegen § 289 mit diesem Delict, so ist bei der Strafzumessung § 289 anzuwenden*), da dieser Gefängnis bis zu drei Jahren, wenn auch wahlweise neben Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und facultativ Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte

*) Es besteht allerdings hierüber eine Controverse und zwar selbst zwischen den Senaten des Reichsgerichts (vgl. Olshausen, § 73 Anm. 29 II α und die dort citierten Urteile: E. 5. S. 420, R. 7. S. 256 einerseits und R. 7. S. 276 andererseits).

neben der Freiheitsstrafe androht, also als das schwerste Strafgesetz anzusehen ist.

Hier ist es nun allerdings von praktischer Bedeutung, ob § 289 mit § 137 nicht in Idealkonkurrenz, sondern etwa in blosser Gesetzeskonkurrenz steht, soweit die Thatbestände sich decken, also in unserem oben construierten Fall. Denn § 137 ist Officialdelict und kennt keine Strafausschliessungsgründe. Andererseits ist der Versuch nur bei dem Delict des § 289, nicht bei dem des § 137 strafbar. Consumierte also § 137 den § 289 in diesem Umfange, so würde Bestrafung beim vollendeten Delict stets nur ex officio, beim Versuch niemals eintreten. Umgekehrt würde, wenn man annähme, dass § 289 in dem angegebenen Masse den § 137 consumierte, die Bestimmung des § 289 Platz greifen, also die That stets Antragsdelict, und der Versuch strafbar, unter Umständen aber die That straffrei sein. Um die letztere Möglichkeit vorweg zu nehmen, so halten wir diese für unbedingt ausgeschlossen, denn § 137 ist, wie schon oben bemerkt, ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung, und dieses kann nicht aus Gründen straffrei werden, die nur für ein Eigennutzdelict passen. Auch kann es, weil es die öffentliche Autorität verletzt, nicht Antragsdelict sein. Es kann daher nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, den § 137 zum Teil in dem Thatbestande des § 289 aufgehen zu lassen. Das Gleiche möchten wir aber auch hinsichtlich der umgekehrten Frage annehmen und zwar einerseits wegen der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter — dort die öffentliche Autorität, hier das subjective Recht — andererseits, weil die höhere Strafdrohung und die Strafdrohung für den Versuch darauf hinweisen, dass das Gesetz diesen Eigennutzfall unter allen Umständen bestraft wissen wollte, und zwar, wie überhaupt die Eigennutzdelicte, mit verhältnismässig hoher Strafe. Es bleibt also nur die Annahme der Idealkonkurrenz zwischen beiden Strafgesetzen übrig und hiernach ist der Versuch aus § 289, wenn ein Antrag auf Bestrafung gestellt ist, zu bestrafen, sonst aber straflos, die vollendete That da-

gegen, wenn kein Antrag gestellt ist, nach § 137, wenn ein solcher gestellt ist und nicht etwa ein Strafausschliessungsgrund des § 289 (letzter Absatz) vorliegt, nach diesem § zu strafen.

Mit Hinweis auf einen vom Reichsgericht in seinen Entscheidungen Bd. 15 S. 205 behandelten Fall hält Olshausen die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen §§ 137 und 263 für gegeben.*) Der Fall ist deshalb für unsere Abhandlung von Wichtigkeit, weil zu der Betrugshandlung noch eine Wegnahme hinzukommen und dann die Frage der Konkurrenz mit § 289 aufgeworfen werden könnte. Der Fall der Reichsgerichts-Entscheidung ist kurz folgender:

Der Gerichtsvollzieher hat bei einem Landwirt Vieh gepfändet, es aber in Gewahrsam des Schuldners gelassen. Bei der Versteigerung hat der Verwalter dem Gerichtsvollzieher absichtlich zum Teil anderes, minderwertiges Vieh als das gepfändete vorgeführt. Das gepfändete ist dadurch zum Teil der Versteigerung entzogen. Das Reichsgericht hat hier nur den § 137 angewendet, aber es dürfte Olshausen darin beizutreten sein, dass auch die Voraussetzungen des § 263 vorliegen, und deshalb nach diesem § zu bestrafen sein würde.

Es fragt sich nun aber, wie zu entscheiden ist, wenn der Gerichtsvollzieher das gepfändete Vieh in Besitz genommen und der Schuldner dasselbe nach der Versteigerung, bei welcher er den Gerichtsvollzieher über die Identität des gepfändeten Viehes täuschte, aus dem Gewahrsam des Gerichtsvollziehers weggeführt hätte. In dieser letzteren Handlung wäre an und für sich der Thatbestand des § 289 gegeben. In welchem Verhältnis steht nun die Handlung zu dem vorausgegangenem Betruge, durch den der Gerichtsvollzieher veranlasst ist, das gepfändete Vieh nicht zu versteigern?

Unseres Erachtens hat der Schuldner resp. für ihn sein Verwalter seinen Zweck durch den vollständig gelungenen Betrug bereits erreicht und die gepfändeten Sachen, wie das Reichsgericht zutreffend ausführt, der

*) Olshausen, Note 9 zu § 137.

Verstrickung entzogen. Dass das Pfandrecht dadurch nicht untergegangen ist, schliesst diese Annahme nicht aus, denn durch eine rechtswidrige Handlung, wie die des § 137, kann niemals ein gültiges Pfandrecht zerstört werden. Es kann daher im § 137 nur die thatsächliche Aufhebung der durch die Pfändung bewirkten Gewalt über die Sachen, d. h. des Pfandbesitzes an diesen Sachen, als Ziel der Handlung des Thäters gemeint sein. Ist dies aber richtig, so kann eine weitere Thätigkeit des Angeklagten in Bezug auf die Sache, die er bereits der Verstrickung vollständig entzogen hatte, eine neue strafbare Handlung, bei der dasselbe Pfandrecht Angriffsobject ist, nicht mehr sein. Das Wegnehmen der durch den Betrug der Verstrickung entzogenen Sachen kann nicht einmal als eine fortgesetzte Handlung im Verhältnis zu dem vorangegangenen Delict erscheinen, weil eine neue Erfüllung desselben Thatbestandes dadurch ausgeschlossen ist, dass der Erfolg der neuen Handlung kein neuer verbrecherischer Erfolg ist. Die Wegnahme erscheint vielmehr nur als eine rechtlich bedeutungslose Handlung, eine sogenannte Realisationshandlung. Dieses Princip hat das Reichsgericht in seinem Urteil E. 15 S. 426 zur Anwendung gebracht für den Fall, dass jemand eine Sache durch Betrug erlangt hat und demnächst mit ihr verfährt wie ein Eigentümer. Das Reichsgericht führt hier aus, wenn es dem Thäter bei seinem vorhergehenden Betruge nicht lediglich um die Erlangung des Besitzes, sondern um die Sache selbst zu thun war, begehe er durch die nachfolgende Handlung keine Unterschlagung. Mit dieser Entscheidung erklärt sich Olshausen § 263 Note 56β einverstanden und derselben Meinung sind Hugo Meyer und Kapff. Allerdings wird auch dem gegenüber vielfach die Meinung aufgestellt, „dass die Erlangung des blossen Besitzes einer Sache durch Täuschung kein Betrug sei, sondern nur vorbereitende Handlung zu der nachfolgenden Unterschlagung“.

Einen wesentlichen Widerspruch zwischen dieser Ausführung und der des Reichsgerichts vermögen wir gar nicht zu entdecken. Für unseren Fall würde die

Controverse aber auch ohne Bedeutung sein, weil der Thäter das, was ihm die nachfolgende Wegnahme verschaffen kann, thatsächlich schon hat in Folge der Täuschung des Gerichtsvollziehers, nämlich die factische Befreiung seiner Sache aus dem Pfandnexus. Die nachherige Wegnahme der Sache aus dem Gewahrsam des Gerichtsvollziehers hat nur noch die besondere Folge, dass die Entdeckung des Betruges und Pfandbruches verhütet wird.

§ 289 und § 123.

VI. Es ist vereinzelt in der Rechtsprechung der Versuch gemacht, den Hausfriedensbruch mit anderen Delicten, wie z. B. der Nötigung, Körperverletzung, Diebstahl und anderen Delicten zu einem fortgesetzten Vergehen zusammen zu fassen.*) Da nun, falls die Annahme eines fortgesetzten Delictes zwischen Hausfriedensbruch und Diebstahl zutreffend wäre, dasselbe auch für das Delict des § 289 gelten müsste, so bedarf es noch einer Prüfung der oben angeführten Rechtsprechungen. Die obersten Gerichte, das Reichsgericht sowie das Kammergericht in Berlin, haben allerdings diesem Versuch, wie die bei Olshausen a. a. O. angeführten Urteile darthun, bisher stets Widerstand entgegengesetzt und den Hausfriedensbruch und das Delict, zu dessen Zweck derselbe begangen ist, beide als selbständige Handlungen nach § 74 St.-G.-B.'s bestraft. Eine Begründung giebt für seine Ansicht aber nur das Reichsgericht, und auch diese ist nicht ganz klar.

In dem Urteile E. Bd. 4 S. 188 begnügt sich das Gericht in Wahrheit damit, die von dem Instanzrichter für die Annahme eines fortgesetzten Delictes angeführten Gründe zu widerlegen, nämlich die Verwechselung zwischen Einheit des Entschlusses und der Einheit der auf Erregung von Streit und Thätlichkeit gerichteten Absicht. Das Urteil E. Bd. 7 S. 60 und 61 führt dagegen hinsichtlich der Voraussetzungen eines fortgesetzten Delictes aus, nach Vollendung des Hausfriedens-

*) Olshausen, § 73 Note 10 II b am Ende.

bruches, der durch rechtswidriges Eindringen verübt war, habe es zur Begehung der nachfolgenden Nötigung, die Fortschaffung zu dulden, eines neuen Entschlusses bedurft, und sei deshalb das Vorhandensein einer einheitlichen Handlung zu verneinen. Nach einem Citat des vorerwähnten Urteils schliessen die Gründe in einem neuen Absatz: „Von einem fortgesetzten Vergehen kann, weil es sich um Verletzung verschiedener Rechtsnormen handelt, keine Rede sein."

In dieser Form erscheinen die Gründe des Urteils fast wie das Resultat einer Beratung, bei der über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich der Begründung keine Einigung erzielt ist, denn dieser zweite Grund hätte die Anführung des ersten Grundes unnötig gemacht, jedenfalls aber nicht lediglich neben denselben gestellt werden dürfen. Der erste Grund ist ausserdem eine petitio principii, denn jedenfalls hatte der Vorderrichter angenommen, dass der Angeklagte auf Grund eines einheitlichen Entschlusses beide Handlungen begangen hätte. Der zweite Grund steht aber in Widerspruch zu der sonstigen Praxis des Reichsgerichts.*)

Die Richtigkeit dieser Gründe kann aber dahin gestellt bleiben, denn es lassen sich unseres Erachtens andere entscheidende Gründe gegen die Annahme eines fortgesetzten Delictes in den obigen Fällen finden.

Zunächst ist so viel ohne weiteres klar, dass das rechtswidrige Eindringen in eine fremde Behausung und eine darin sodann vom Thäter begangene andere strafbare Handlung nicht darum schon eine Handlung bilden, weil der Thäter noch rechtswidrig in der fremden Behausung verweilt. Äusserlich stellt sich jede strafbare Handlung offenbar als eine neue That dar. Entscheidend gegen die Möglichkeit, beide Handlungen trotz aller etwaigen Einheit des Entschlusses als fortgesetzte Handlung zu betrachten, fällt ins Gewicht die Verschiedenheit der angegriffenen Rechtsgüter. Der Hausfriedensbruch ist ein Delict gegen die öffentliche Ordnung oder den öffentlichen Frieden und unterscheidet

*) E. 1 S. 111; E. 3 S. 311; E. 11 S. 355.

sich dadurch wesentlich von den anderen oben genannten Delicten, welche sich gegen die Gesundheit, das Vermögen oder Treu und Glauben im Verkehr bezw. gegen Amtspflichten und die Sicherheit des Staates richten. Aus diesen Gründen ist die Annahme eines fortgesetzten Vergehens ausgeschlossen.

Wir schliessen hiermit die Reihe unserer Erörterungen, ohne behaupten zu wollen, dass nicht durch irgend welche Combinationen noch weitere Konkurrenzfälle möglich wären. Die Besprechung, welche wir den oben berücksichtigten Fällen haben zu Teil werden lassen, dürfte aber genügen, um als Handhabe für die Beurteilung anderer Konkurrenzfälle zu dienen. Die weitere Erörterung würde deshalb vielleicht nicht mit Unrecht als übermässig casuistisch und unnötig bezeichnet werden können.